Das Beweisinteresse in Strafsachen

(sog. Materielle Beweislast).

Allgemeiner Teil: Grundlegung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät

der

Grossherzoglich Hessischen Ludewigs-Universität zu Giessen

vorgelegt von

Curt Spohr.

Giessen 1894.

Grossh. Hof- und Universitäts-Druckerei Curt von Münchow.

Einleitung.

In der wissenschaftlichen Behandlung des Prozessrechts hat kaum eine Frage eine reichere Litteratur aufzuweisen, als die Lehre vom Beweise und hier wieder insbesondere die von der Beweislast. Zahlreiche materiell- und prozessrechtliche Arbeiten widmen gerade dieser Frage ihre Aufmerksamkeit, jedes Lehr- und Handbuch des materiellen, wie des Prozess-Rechts muss auf sie eingehen.

In klarer Weise galt dies freilich zunächst vom Civilprozess allein. Unzählig sind hier insbesondere auch die Entscheidungen unseres obersten deutschen Gerichtshofes, des Reichsgerichts. Erst in neuerer Zeit beginnt auch die wissenschaftliche Behandlung des Strafprozessrechts sich dieser Frage zuzuwenden, noch vielfach ablehnend, teils noch zu sehr von rein civilprozessualen Gedanken beeinflusst.

Alles dies, in Sonderheit auch die kaum übersehbare Litteratur auf dem Gebiete des Civilprozessrechts, ist kein

Zeichen von Einmütigkeit, im Gegenteil: reicher an umfassenden und speziellen Streitfragen ist schwerlich ein verhältnismässig so beschränktes Gebiet.

Wo immer dies aber der Fall ist, zeugt es von einer Dissonanz in den Grundlagen, und deren Betrachtung sei die vorliegende Arbeit gewidmet[1]).

Anm. Sie bildet den allgemeinen Teil, die Grundlage einer Abhandlung, deren Herausgabe im Ganzen der Verf. sich vorbehält.

---

[1]) Von der in Frage kommenden Litteratur beschränke ich mich im wesentlichen auf die strafprozessuale, doch ist auch die civilprozessuale nicht zu umgehen. Hier seien vor allem genannt: Windscheid, Pandekten I § 133 S. 383 ff. (VII. Afl); neben den Lehrbüchern des Civilprozesses der Aufsatz von A. Heussler: „Die Grundlagen des Beweisrechts" (Archiv. F. civ. Praxis N. F. XII. 1879.) — Für den Strafprozess: Hartmann: „De onere probandi in causis criminum (Gött. 1844). J. Glaser, Hdb. des Strafprozesses (bei Binding: Dunker & Humblot, Leipzig 1883/85) Bd. I. § 36. Ders.: Beiträge zur Lehre von Beweise im Strafprozess (ebenda) B. §§ 4. 5. A. v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts (Freiburg i. B. 1892. I. C. B. Mohr) § 47. S. 341 ff. Geyer in H. H. des Strafprozessrechts § 11. S. 177 ff. Ders: Lehrbuch §§ 198 ff. S. 691 ff. John in H. E. 1882 § 30. III. S. 970 ff. Bennecke, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozessrechts, Lif. 4. 1890 § 72 S. 288 ff. Für früher noch: Zachariae Hdb. des deutschen Strafprozess 1868 II. §§ 137 ff. S. 396 ff. (bes. § 141.)

Weiteres an den einschlagenden Punkten.

§ 1.

Der Beweis im Prozess[1]).

I. In jedem Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit bildet der Beweis den bedeutsamsten Teil. Es bedarf seiner, nur mit seltenen Ausnahmen, in jedem einzelnen Fall. Denn das Recht, die nach jeweiliger Erkenntnis beste Ordnung unserer selbst und der Dinge, die wir, die uns beherrschen, knüpft an thatsächliche Verhältnisse, Vorfälle, Umstände die rechtlichen Folgen, subjektive Rechte und Rechtsansprüche, und selbst in Civilsachen wird es sich nur in ausnahmsweisen Fällen, lediglich um die Rechtsfrage handeln; meist ist sie nur streitig, weil es die thatsächliche Grundlage ist. Ihrer Aufklärung dient der Beweis und dies in gleicher Weise im Civil- wie Strafverfahren.

Des letzteren wissenschaftlich ebenbürtige Behandlung als Gerichtsverfahren, gleich dem Civilprozess, ist indess noch jung, und so sind seine Lehren nicht in gleichem Masse durchgearbeitet. Beide Prozesse sind nicht in dem Masse verschieden, wie lange behauptet wurde, lediglich die Artunterschiede dürfen nie übersehen werden, solange wir ihrer benötigen. In beiden Beziehungen hat man gefehlt, und hiervon ward auch die Lehre vom Beweise betroffen.

Dass seine gemeinsame Grundlage nicht übersehen werde — dafür zu sorgen, dünkt mich hier der rechte Ort, und sei daher folgende gedrängte Skizze genauester Beachtung

---

§ 1.

[1]) cf. Heussler a. a. O. Bennecke S. 288/89.

anempfohlen. Sie ist die Grundlage der ganzen folgenden Betrachtung.

II. Beim Beweis sind folgende Momente zu unterscheiden:

1. Den Gegenstand bilden im Allgemeinen genommen stets thatsächliche, historische Umstände, von denen man annimmt, dass sie für den Einzelfall rechtlich bedeutsam seien [2]).

Sie sind für sich genommen in keiner Betrachtung oder Darstellung zu erschöpfen; unzählig sind die Ereignisse, und jedes kann unter Umständen von grösster Bedeutung sein. So müssen wir sie zusammen fassen, sie zu ordnen suchen und als Resultat ergiebt sich

2. das Thema probandum: Wie dem klügelnden Menschenverstande die Atome noch in's Unendliche teilbar erscheinen, so unendlich sind die Momente, aus denen die Thatsache wird; die Ereignisse sind nichts als ein ewiges Werden. In dieser Form kann weder Theorie noch Praxis etwas mit ihnen anfangen, und von Jugend an erblickt der Mensch nicht die Atome, sondern tausende als Einheit. Auch das Recht schafft sich seine Ereignisse, die thatsächlichen rechtserheblichen Umstände sind solche; eine Reihe von Vorgängen ist zu einer Einheit zusammengefasst und mit Rechtsfolgen verbunden. Wir nennen diese mit v. Kries primär rechtserhebliche Thatsachen — sie machen das Thema probandum aus — und stellen ihnen gegenüber die sekundär erheblichen, welche lediglich den primären zu dienen berufen sind. Es handele sich etwa um Verjährung: Zunächst wird festgestellt, wann die That überhaupt geschehen sei, dann geprüft, ob die seitdem verflossene Zeit die Verjährungsfrist erfülle; das erstere müssen wir wissen, um das andere bestimmen zu können, aber nur dieses hat selbstständige Rechts-

---

[2]) Ein solcher ist es auch, wenn über das Vorhandensein eines Rechtssatzes Beweis zu erheben ist cf. C. P. O. § 265.

erheblichkeit. Es ist also zu unterscheiden zwischen einzelnen thatsächlichen Umständen, für sich ohne jede Rechtserheblichkeit, und zwischen Einzelthatsachen und Thatsachen-Complexen, welche selbstständig rechtserheblich sind. Nur von letzteren ist hier die Rede (s. u. § 2)[3]).

Hinsichtlich ihrer kann Beweis in zwei und nur zwei Richtungen erhoben werden, über ihr Vorliegen oder Nichtvorliegen, Existenz oder Nichtexistenz; mit andern Worten: das Recht fordert prinzipaliter zur Entstehung, zum Vorhandensein, Begründetsein eines Rechtsanspruchs, das gewisse, eben die rechtserheblichen Thatsachen vorliegen, oder dass sie nicht vorliegen, und zwar derart, dass, wenn das Geforderte auch nur zweifelhaft bleibt, jene Rechtsfolge durchaus nicht ausgesprochen werden darf. Ich verstehe nun unter Thema probandum im Gegensatz zum Gegenstand des Beweises den rechtserheblichen thatsächlichen Umstand, von dessen erwiesener Existenz oder Nichtexistenz das Recht gewisse Rechtsfolgen abhängig macht. Und es ergiebt sich, dass die Entscheidung im Zweifel zur Voraussetzung hat die Feststellung der Frage, ob Existenz oder Nichtexistenz erwiesen werden sollte[4]).

---

[3]) Wohl zu scheiden sind hiervon die der inhaltlichen Bestimmung des Beweisthemas dienenden Umstände; dies sind alle nur möglichen im Einzelfall das Beweisthema stützenden. Aber bleiben sie selbst auch zweifelhaft, so kann das Beweisthema doch noch bestehen; nur wenn mit ihnen dieses selbst in Zweifel gezogen wird, hat unsere Betrachtung einzusetzen. Nur indem wir die primär mit Rechtserheblichkeit ausgestatteten Umstände unserer Betrachtung zu Grunde legen, können wir hoffen einigermassen vollständig zu sein; so setzt sich die vorgeschützte Notwehr aus einer Reihe einzelner Elemente zusammen, aber nur wenn sie selbst dadurch zweifelhaft wird und weil sie es ev. wird, nur dann und nur darum erscheinen sekundäre Momente von Bedeutung; immer aber müssen wir sie im Zusammenhang mit dem Beweisthema betrachten. — Übrigens lässt nur der abstrakte Ausdruck zu wünschen, in concreto erledigt sich diese Frage meist sonder Schwierigkeiten.

[4]) Ich hoffe durch diese Klarstellung einen gerade für die Behandlung meiner Aufgabe wesentlichen Punkt gewonnen zu haben. (s. u.

Wie dem nun sei,

3. Ziel des Beweises ist stets nur historische Gewissheit; denn auch in der unter 2 festgestellten Fassung trägt das Beweisthema einen rein thatsächlichen Charakter, und über Thatsachen, also historische Ereignisse giebt es niemals logische, mathematische Gewissheit. Unter historischer Gewissheit hinsichtlich der Frage nach dem Vorliegen bezw. Nichtvorliegen eines rechtserheblichen Umstandes verstehen wir aber: die vernünftige Überzeugung des Richters davon; hierbei ist eben die Möglichkeit des Gegenteils nicht ausgeschlossen, wenn auch wenig wahrscheinlich [5]).

Dieses Ziel zu erreichen, dienen

4. die Mittel des Beweises:

a. Beweismittel im engeren Sinne sind Personen oder Sachen, die thatsächliche Umstände zu überliefern geeignet sind, erstere infolge eigener Wahrnehmung, letztere durch ihren Zustand, sei es, dass dieser selbst beweisbedürftig ist, sei es, dass durch sie ausserhalb ihrer liegende thatsächliche Vorgänge überliefert werden. —

Solche Personen sind: die Partei — doch in umfassenderer Weise heute nur im Civilprozess; sog. Partei-Eid. Für den Strafprozess vgl. § 55 und dagegen §§ 26 und 74 St. P. O.; jedenfalls ist der Eid ausgeschlossen, wo nicht ausdrücklich zuge-

---

§§ 3. 4.) Ich verdanke diese Erkenntnis einer Äusserung Binding's in seiner Vorlesung über Strafprozessrecht. Er sagt § 77 über die Pflicht zur Beweisführung: „Dem französisch-deutschen Verfahren liegt der Gedanke zu Grunde, dass die ganze thatsächliche Grundlage des staatlichen Straf-Anspruchs, also „die Existenz aller schuldbegründenden und die Nichtexistenz aller Schuld und Strafe ausschliessenden Thatsachen" dem Angeklagten bewiesen werden muss".

[5]). cf. Rupp: Der Beweis im Strafverfahren (Freiburg i. B. I. C. B. Mohr 1884) §§ 2. 3.

lassen [6]) [6a]) — dritte Personen, Zeugen (üb. Sachverständige s. u. 5)). — Als Sachen kommen in Betracht: Urkunden, sie sind sachliche Zeugen und beweisen durch ihren Inhalt, und Augenscheinsobjekte, sie überliefern direkt ihren Zustand, als den beweisbedürftigen Umstand [7]).

b. Neben diese ächten Beweismittel treten noch sog. Beweisgründe. Über ihre wahre Natur s. § 2.

Diese Beweismittel zu benutzen dient

5. die Beweisaufnahme: Dieselbe zerfällt in die Aufsuchung und Benutzung der Beweismittel. In dieser Hinsicht zeigt sich heute ein wesentlicher Unterschied im

---

[6]) Bei Heussler a. a. O. verfehlt; derselbe kennt neben Personen und Sachen noch die Form als Beweismittel; in Wahrheit dient diese lediglich der Sicherung, und die Partei, also wieder die Person ist Beweismittel.

[6a]) Übrigens bedenke man, dass durch das staatliche Anklagemonopol die Verhältnisse derart verschoben sind, dass gerade der Verletzte, der durch seine Anzeige Klage zu erheben Anlass gab, oft der Haupt-, wenn nicht der einzige Zeuge ist, also thatsächlich wenn auch nicht formell die Partei; hier ist stets St. P. O. § 54 wohl zu beachten. — Sehr beklagenswert ist auch das Spitzeltum, das insbesondere gar oft das Ansehen der Polizeiorgane untergräbt; auch das Prämienwesen hat seine Schattenseite.

[7]) Hinsichtlich der Augenscheinsobjekte herrscht vielfach Streit. Heussler geht fehl, indem er nur auf den „Augenschein" abstellt und diesen nun freilich mit Recht nicht als Beweismittel gelten lässt. — E. Schuster (Grundzüge des materiellen Beweisrechts in der schweizerischen Civilprozessgesetzgebung, Zürich 1890) im Ausdruck fehl gehend, spricht von einer doppelten Funktion des Augenscheins (s. S. 35 f. u. 145 ff.): einmal als richterlicher Augenschein „Aufklärungsmittel" über vorgebrachtes Streitmaterial, dann als Beweismittel der Partei. Der richterliche Augenschein steht aber durchaus analog dem Zeugenverhör, der Parteienbefragung, Eidabnahme (welch' letztere beide Schuster auch eigentliche Beweismittel nennt anstatt der Parteien), Urkundenverlesung u. s. w. In Wahrheit ist aber das Augenscheinsobjekt das Beweismittel. (cf. C. P. O. § 336 „Bezeichnung des Gegenstandes des Augenscheins").

Beweisverfahren des Civil- und Strafprozesses. In jenem herrscht auch heute noch die Beweislast der Parteien. In diesem ist sie heute nahezu verschwunden. Auch in jenem erstreckt sie sich aber lediglich auf die Aufsuchung und Ermittelung der Beweismittel, ihre Benutzung im Prozess ist der Officialthätigkeit des Gerichts hier, wie da, anheimgefallen. Dahin gehören der richterliche Augenschein, das Zeugenverhör, Abnahme der eidlichen Parteiaussage, Verlesung von Urkunden u. s. w.[8]).

6. Die Feststellung des Beweisergebnisses ist Aufgabe des Gerichts (s. folg. §).

§ 2.

Von der freien richterlichen Beweiswürdigung insbesondere.

I. Die Feststellung dessen, was das Gericht auf Grund der Beweisaufnahme als bewiesen ansehen will, steht in freiem Ermessen des Richters: Die §§ 260 St. P. O. und 259 C. P. O. stellen das Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung auf; das Gericht entscheidet nach freier Überzeugung, ob nach dem Inhalt der gesammten Verhandlung (also nicht nur der Beweisaufnahme) eben der im Thema probandum gestellten

---

[8]) Zu alledem steht dem Gericht das richterliche Fragerecht zu (§ 130 f. C. P. O.), ferner die Hinzuziehung von Sachverständigen, wo der richterliche Sachverstand nicht zureicht; der Sachverständige ist richterlicher Gehülfe (s. bes. § 369 C. P. O.) und nicht Beweismittel (trotz § 368), den das Gericht auch im Civilprozess, wider Willen der Partei, hinzuziehen kann. So richtig Heussler a. a. O. vgl. C. P. O. §§ 368 f. 3. 135. 268. 337. 407. — Ganz besonders sind hierbei zu beachten die Prinzipien der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit. S. Rupp a. a. O. §§ 13 ff., S. 125 ff. — Die besonderen Pflichten der Staatsanwaltschaft und des Untersuchungsrichters im Vorverfahren bezw. der Voruntersuchung gehören nicht hierher.

Aufgabe genüge geschehen sei oder nicht[1]). An dieser Stelle kommen in Betracht sämmtliche einzelne thatsächliche Umstände (s. § 1, II. 1.), welche überhaupt zum Beweise gelangten, d. h. den ganzen oder teilweisen Inhalt des Beweisthemas ausmachten oder ihn zu stützen berufen waren. Letzteres sind die sog. Beweisgründe; das sind Thatsachen, die selbst des Beweises bedürfen, aber ihrerseits Schlüsse auf das eigentliche Thema zulassen. Hierhin gehören auch die Gründe, aus denen das Gericht einer Zeugenaussage Glauben schenkt, grössere oder geringere Bedeutung beilegt. Sie sind also indirekt mit Rücksicht auf das Ganze erheblich. Diese sekundär erheblichen, beweispflichtigen Umstände nennt man Indizien, Anzeigen[2]).

II. Das Ergebnis hinsichtlich aller dieser Umstände kann nun ein Dreifaches sein: der Richter nimmt 1) ihr Vorliegen, 2) ihr Nichtvorliegen als erwiesen an oder endlich 3) er ist zweifelhaft. In den ersteren beiden Fällen ergeben sich klare Consequenzen. Anders im letzten Falle. Er ist natürlich für das Recht, den Staat, den Richter, die Parteien von grösster Wichtigkeit, und unser ganzes Streben muss darauf gehen, solche Fälle möglichst zu vermeiden. Hierzu sollen nahezu alle Errungenschaften unserer Zeit mitwirken; so vor allem die Prinzipien der Öffentlichkeit, Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und eben das der freien richterlichen Beweiswürdigung auf Grund der gesammten Verhandlung, wodurch zahllose, wertvolle Indizien zugänglich wurden, die frühere Zeiten so ungenügend zu verwerten verstanden[3]).

1. Im Allgemeinen gilt hier folgendes. Hinsichtlich aller beweisbedürftigen Umstände ist eine doppelte Möglichkeit

---

§ 2.

[1]) Über die Ausnahmen von diesem Grundsatze s. v. Kries a. a. O. S. 34 f. cf. §§ 274. 475 St. P. O. Auch beachte man die Präsumtionsfälle.

[2]) So auch Bennecke a. a. O.

[3]) cf. u. § 5.

gegeben; entweder es soll ihr Vorliegen oder ihr Nichtvorliegen erwiesen werden. Und sofern man nun jede rechtliche Notwendigkeit des Beweises hinsichtlich einer Thatsache auffassen kann als natürliche Präsumtion zu Gunsten ihrer Negative, muss im Zweifel eben diese, die ja bis zum Beweise ihres Gegenteils vermutet wird, gelten.

2. So ergiebt sich für die Betrachtung im einzelnen die unbedingte Notwendigkeit, das Beweisthema genau zu kennen, d. h. insbesondere, ob Existenz oder Nichtexistenz zu beweisen steht. Und diese Frage kann, wie bereits betont, unmöglich hinsichtlich des ganzen Beweismaterials im Prozess vollständig zur Erörterung und Darstellung gebracht werden. Daher scheiden hier aus: alle Thatsachen von nur sekundärer Bedeutung, nur das Thema probandum im engeren Sinne soll behandelt werden. Hinsichtlich aller jener sekundären Umstände aber gilt der Satz, dass sie sich richten nach demjenigen Beweisthema, von dem sie einen Teil bilden, oder das sie zu stützen berufen sind. Sie sind im Zweifelsfalle daraufhin zu prüfen, ob ihre Bedeutung derart ist, dass das Beweisthema selbst in Zweifel gezogen wird, und, wie in diesem Falle zu entscheiden ist, das steht hier im einzelnen zu untersuchen. Es bildet diese Frage den Ausgangspunkt der Frage nach dem Beweisinteresse, sie zeigt uns den springenden Punkt für die Entscheidung der Frage nach der formellen Beweislast im Civilprozesse. Hier setzt unsere Betrachtung ein.

§ 3.

Die sog. materielle Beweislast, das Beweisinteresse.

I. Wenn wir die gestellte Frage, wie im Zweifelsfalle zu entscheiden sei, in Beziehung setzen zu den Hauptbeteiligten im Prozess, den Parteien, so ergiebt sich, dass, welche Entscheidung wir auch fällen mögen, eine der Parteien darunter

zu leiden hat. In dieser, wie wir sehen werden, zu engen Erkenntnis und in Anlehnung an civilprozessuale Begriffe, gefiel es daher, unsere Frage als die nach der Verteilung der sogenannten „Materiellen Beweislast“ zu bezeichnen.

Es dünkt mich wertvoll an der Hand der einzelnen Schriftsteller, welche sich überhaupt der Frage ein Weniges zugewendet haben, zu zeigen, wie der genannte Begriff zum Dasein gelangt ist [1]).

1. Die fragliche Beziehung ist offenbar fremd geblieben John: Er giebt das Fehlen einer Beweislast im Strafprozess zu, hält dies für einen Mangel und schlägt de lege Ferenda vor: „dem Ankläger liegt die Führung des Belastungsbeweises, dem Angeklagten und dessen Verteidiger die Führung des Entlastungsbeweises ob“. Hiergegen wendet sich Geyer, welcher ein wahres nobile officium des Richters fordert, weil naturgemäss die Parteienungleichheit den Angeklagten im Strafprozess belaste: „Der alte Satz, dass es ein schwereres Übel ist, wenn der Staat, der Hort der Gerechtigkeit, selbst Ungerechtes thuend einen Unschuldigen straft, oder einen Minderschuldigen zu hoch straft, als wenn ein Verbrecher der verdienten Strafe entgeht, muss in seiner ganzen Wahrheit erkannt werden“, der Richter muss also auch im Interesse des Angeklagten thätig sein. Zachariae betont, dass die neueren Prozessordnungen in Strafsachen keine Verteilung der Beweislast im civilprozessualen Sinne kennen. Bennecke endlich betont die Beweispflicht des Richters, geht auf die Beweispräsumtionen ein und neigt hier zu einer Parteienbeweislast, schränkt dies aber sogleich wieder ein [2]) (s. S. 291 a. a. O.). Auch Binding kennt nur die richterliche Beweispflicht [3]).

---

§ 3.

[1]) cf. Note 1 der Einleitung über die angeführten Schriftsteller.

[2]) Es scheint an einer ungenauen Erfassung des Wesens der Beweislast im Civilprozesse zu liegen, wenn Bennecke hier ungenau bleibt.

[3]) Über Binding's Ansichten im besonderen s. Normen II S. 128 ff.

2. Während alle diese der scharfen Erfassung unserer Frage sich nicht bewusst geworden sind, scheint Hartmann (De onere probandi in causis criminum) der Sache schon ziemlich nahe gekommen zu sein (S. 1): „Divisio aliqua probationum in hoc, quem appellant, inquisitorio processu [4]) existere non potest. Qua ex causa hoc mihi tractandum sumsi, ut ea quae ad condemnandum absolvendumve reum probari debeant summatim constituerem“ (S. 2). „Sunt quidem, qui ab altera alteram discernentes quaestionem hoc quidem „thema probandum“ illud „onus probandi“ esse dicant; attamen qui accuratius rem inspexerit, ita pariter inter se iuncta connexaque haec esse facile intelliget, ut separari omnino non possit“ [5]). Als Thema stellt H. dann folgende Frage: „Potestne in criminum persecutionibus admitti aliqua probationum divisio, ita ut condemnetur reus, quamvis ea, quibus ad veritatem perductis absolvendus esset, dubia remanserint, dummodo accusatio satis probationibus instructa firmataque sit?“ Endlich S. 34 erwähnt er: „— haud enim Formale solum sed reale quoque probandi onus comprehendunt —“. Im dogmatischen Teil erörtert er dann zunächst die Entstehungs- und Ausschliessungsgründe des Strafanspruchs, geht dann auf „Exceptiones“ ein, wie z. B. bereits erduldete Strafe, erfolgte Aburteilung u. s. w. [6]). Aus dem

---

605 ff. (darüber ist im besonderen Teil noch des näheren zu handeln.) vgl. Binding, Grundriss des deutschen Strafprozessrechts, (II Aflg. 1886) § 77. S. 115.

[4]) Das gleiche gilt auch von accusatorischen Verfahren, wenn auch aus anderen Gründen.

[5]) vgl. auch die Anmerkung bei Hartmann S. 2, 3, und die daselbst Angeführten. — Ganz ähnlich wie Klenze, Windscheid a. a. O. wenn er von der „Civilrechtlichen Seite“ der Beweislastlehre spricht.

[6]) Hartmann bringt vor der Pars dogmatica, eine Pars historica. — Für die vorliegende Arbeit habe ich, nach reiflicher Überlegung, davon abgestanden seinem Beispiele zu folgen. Der Schwerpunkt aller rechtsgeschichtlichen Betrachtung liegt m. E. darin, die vergangenen, uns oft quer erscheinenden Institute aus ihrer Zeit zu erklären; bloss zu

Angeführten erhellt, dass der Kern der Frage noch nicht genügend erfasst ist.

In mehr zielbewusster Weise beschäftigt sich dann mit ihr J. Glaser, sowohl im Handbuch als in seinen Beiträgen zur Lehre vom Beweise im Strafverfahren. Er führt unter B. § 4, S. 85 ff. in der letztgenannten Schrift aus: „Alle Bemühungen der Parteien und des Gerichts, Licht über eine bestimmte Thatsache zu verbreiten, können erfolglos bleiben; das Ergebnis der Beweisführung ist dann, dass jene dem Richter zweifelhaft bleibt. Sie ist nicht erwiesen, und sofern das Gesetz eine bestimmte Entscheidung davon abhängig macht, dass jene Thatsache vorhanden sei, kann diese Entscheidung nicht ergehen, der Richter handelt also, wenn ihm die Thatsache zweifelhaft bleibt, so, als wäre das Gegenteil derselben erwiesen, und hierin liegt für den Beteiligten die Gefahr, dass der Zweifel des Richters ihm denselben Schaden bringe, wie die Gewissheit des Gegenteils der seinem Interesse entsprechenden Behauptung. Diese schon aus dem blossen Misslingen des Beweises drohende Gefahr begründet die Beweislast im materiellen Sinne“ — und ders. im Hbd. I § 36 S. 364/365. — „Sie trifft denjenigen, zu dessen Nachteil es ausfallen muss, wenn für eine bestimmte Angabe, Behauptung oder Annahme entweder gar kein Beweis sich darbietet, oder die Beweisführung ihr Ziel der Herstellung des Beweises

---

konstatieren, dass es auch eine Zeit gegeben in der ganz andre Prinzipien galten, wie heute, dünkt mich teils schief, teils wenig wertvoll und darüber hinaus etwas zu leisten, vor allem eben die nakten Thatsachen für ihre Zeit uns annehmbar erscheinen zu lassen, ihre allmähliche Umgestaltung zu zeigen und zu erklären u. s. w., das dünkt mich eine interessante, wenn auch mühevolle Arbeit für sich. Ich hoffe allein durch die m. A. einzig zutreffende Behandlung für das heutige Recht zu zeigen, welche umfassende Bedeutung unserer Frage zukommt, und damit zugleich die Wege angegeben zu haben, auf denen die rechtsgeschichtliche Betrachtung der Beweislastlehre, will sie uns fördern, einzusetzen hat. Im rechten Sinne erfasst, ist eben jede Darstellung auch des geltenden Rechts eine historische. — cf. und § 4. III.

nicht erreicht: denjenigen also, den der Nachteil trifft, welcher daraus entsteht, dass die Thatsache ungewiss bleibt."

Auch Glaser erkennt eine formelle Beweislast im heutigen Strafprozess nicht an und betont ausdrücklich, dass Beweiserleichterungen und Präsumtionen nur auf die sog. materielle Beweislast von Einfluss sind. Dagegen stellt er, wenn auch nur „gewissermassen" eine „faktische Beweislast" auf, aus der sich der Gegensatz von Beweis und Gegenbeweis herleiten lasse [7]).

Hierzu vergleiche man A. v. Kries a. a. O. S. 341 f. § 47, IV: „Bleibt nun trotz der vereinten Bemühungen von Parteien und Gericht, eine einzelne Thatsache zweifelhaft, so wird so entschieden, als ob ihr Gegenteil feststünde, denn das Gesetz macht den Eintritt bestimmter Wirkungen vom wirklich Vorhandensein d. h. prozessualen Erwiesensein gewisser Thatsachen abhängig." „Nun muss es zum Vorteil der einen oder andern Partei gereichen, wenn bestimmte Thatsachen erwiesen werden, und umgekehrt zum Nachteil, wenn sie zweifelhaft bleiben oder der Beweis des Gegenteils gelingt. Dies Verhältnis nennt man die materielle Beweislast." „Sie ist die Voraussetzung einer vom Gesetz aufgestellten formellen Beweislast, ist aber ihrerseits von der letzteren unabhängig."

II. Die Scheidung des Richtigen vom Unrichtigen, Wichtigen vom Wertlosen in diesen Ausführungen wird es mir ermöglichen den allein zutreffenden Gesichtspunkt an Stelle des verfehlten zu setzen. Dabei ist von dem oben § 2 gewonnenen Resultat auszugehen. Demgemäss betrachten wir also folgendes als die richtige Frage: Wofür hat sich der Richter zu entscheiden, welche Annahme hat er seinem Urteil zu Grunde zu legen, wenn die Beweisaufnahme ihn über ein Beweisthema, d. h.

---

[7]) Ähnliches schon bei Hartmann a. a. O.: „Se defendendi onus". Über die juristische Wertlosigkeit dieses Begriffs s. w. u.

eine selbstständig rechtserhebliche Thatsache im Zweifel liess, und welche Beziehung der Parteien besteht hierzu?

1. Ist es wohl zunächst richtig, wenn die beiden zuletzt genannten Autoren sagen, sofern eine Thatsache zweifelhaft bleibe, werde so entschieden, als stehe das Gegenteil fest? Zum mindesten liegt ein verfehlter Ausdruck vor [8]). Nicht dass irgend eine Thatsache sondern dass das Thema probandum zweifelhaft bleibt, steht zu erörtern. Aber auch davon abgesehen, ist es irreführend zu sagen, das Gegenteil würde angenommen; nicht dies sondern lediglich die Negative davon, nicht das conträre, sondern das contradictorische Gegenteil [9]). Wir werden noch sehen, dass dieser logische Satz ausnahmslos zu gelten hat.

2. Ferner habe ich an der Fassung jener alles das auszusetzen, was mit der verfehlten Wahl des Begriffs „materielle Beweislast" zusammenhängt. Wir haben oben gesehen, dass John, Geyer, Zachariae, kurz die

---

[8]) Ein Beispiel lehrt dies: wenn die Thatsache des Notstands, ein ächtes Thema probandum, zweifelhaft bleibt, so wird keineswegs das Gegenteil angenommen, sondern es wird eben so entschieden, als wenn Notstand vorgelegen hätte, der Angeklagte wird also freigesprochen und zwar weil seine Schuld nicht erwiesen ist; daher gemäss § 266, St. P. O., weil der Angeklagte nicht überführt worden ist. (Über die mögliche Doppelwirkung in gewissen Fällen s. u.)

[9]) Verursacht ist wohl jene Unrichtigkeit dadurch, dass man sich nicht klar bewusst blieb, dass lediglich für das Interesse der an dem Beweis des in Frage kommenden Umstandes in erster Linie beteiligten Person (Partei) eine gegenteilige Wirkung eintritt. Hiermit hängt auch der gewöhnliche Sprachgebrauch zusammen; man sagt wohl: Die oder jene Thatsache sei zu beweisen; nimmt man diesen Sprachgebrauch scharf, so versagt er. Denn es handelt sich, wie wir gesehen haben, nicht immer um den Beweis der Existenz einer Thatsache, sondern vielfach um den ihrer Nichtexistenz, was beides denn freilich auch eine Thatsache ist (In diesem Sinne gebrauchen aber die Autoren das Wort „Thatsache" nicht; wäre dies der Fall, dann hätten sie allerdings in der Sache recht; denn „ja" und „nein" sind logische Gegensätze.)

herrschende Ansicht für den Strafprozess heute den Begriff der Beweislast nicht kennt. Auch Binding lässt sich an der richterlichen Beweispflicht genügen, und die betonte Unsicherheit bei Bennecke hängt mit dem gleichen Fehler zusammen, den ich hier bei J. Glaser und A. v. Kries festzustellen habe. Gerade letzterer kommt dem Richtigen ungemein nahe, ohne es doch scharf festzuhalten, wenn er betont, dass die sog. materielle Beweislast die Voraussetzung einer ev. vom Gesetze aufgestellten formellen sei, und wenn er auch hervorhebt, dass es zum Vorteil der einen oder der andern Partei gereichen müsse, wenn bestimmte Thatsachen erwiesen werden. Im Gegensatz zu J. Glaser [10]) war der genannte Autor nur einen Schritt vom rechten Wege; denn indem er nicht nur den Nachteil betont, fühlt er, dass offenbar ein Begriff vorliegt, der von grundlegender Bedeutung ist. Trotzdem bleibt es beim Alten. Aber auch Begriffe übertragener Bedeutung müssen an der Grundbedeutung festhalten und hier, wo es sich um Rechtsbegriffe handelt, auch solche wirklich sein, d. h. mit Notwendigkeit sich aus dem Rechte ergeben, von ihm gefordert werden, kurz der Ausdruck muss sagen, was er bedeutet, er darf nicht lediglich rein thatsächliche, freiwillige, rechtlich nicht erforderliche Vorgänge charakterisieren. Eine Beweislast im zulässigen Rechtssinne, nachdem dieser Ausdruck nun bereits eine übertragene rechtliche Bedeutung und mit gutem Grunde besitzt, liegt hier überhaupt nicht vor und es heisst daher die Übertragung eines Begriffes zu weit treiben, wenn er hier noch angewandt wird [11]). Zum Beweise dessen gehen wir auf die Grund-

---

[10]) Dieser wieder ist in einer andern Hinsicht feiner im Ausdruck, wenn er von Beweislast im materiellen Sinne spricht, wo v. Kries so weit geht, von materieller Beweislast direkt zu sprechen. (Glaser w. u. übrigens auch).

[11]) Der gerügte Fehler liegt nicht vor bei der „faktischen Beweislast", aber dafür ist diese überhaupt kein Rechtsbegriff mehr, was ja auch schon der gewählte Ausdruck „faktische" zeigt. Er verführt zudem

bedeutung des Wortes zurück, und suchen scharfmöglichst die übertragene, wie sie im Civilprozess mit aller Berechtigung zur Geltung gelangt ist, zu erfassen.

Das Wort „Beweislast“ bezeichnet zunächst, die Last, welche die Führung eines Beweises verursacht[12]). Übertragen im Rechtssinne bedeutet der Ausdruck dann, die Notwendigkeit im Prozess diese Last auf sich zu nehmen. Die Geburtsstätte dieses Begriffs ist nun der Civilprozess, vielleicht richtiger das dispositive Verfahren, wobei nun allerdings heute eine Änderung im Umfange eingetreten ist, ohne dass damit sein Wesen geändert wäre. Unter Beweislast verstehen wir die im Prozess für die Parteien bestehende rechtlich bestimmte Notwendigkeit, dem Gerichte für ihre Behauptungen Beweismittel zu benennen und so ihre Benützung zu ermöglichen[13]).

---

zu einer nicht korrekten Auffassung von Beweis und Gegenbeweis: denn die Partei thut hier mehr als ihr Rechtsinteresse erfordert. Meines Erachtens genügt es z. B. wenn, Rücktritt vom Versuche in Frage kommt, dass lediglich der erforderliche Beweis, er liege nicht vor hintertrieben wird. Zw. Gelingen des Beweises vom Gegenteil und dem Misslingen des Beweises ist noch ein grosser Unterschied, wie schon oben im Text betont wurde.

[12]) Nun ist zwar eine Übertragung in dem Sinne denkbar, dass die Last damit gemeint ist, welche aus dem Misslingen des Beweises erwächst; einmal hat aber das Recht den Ausdruck bereits verwandt und zwar nicht in dieser Richtung — Mehrdeutigkeit ist aber stets zu meiden — und dann beschränkt sich diese Bedeutung wieder einseitig auf das Misslingen des Beweises, was bereits hervorgehoben wurde.

[13]) Es stand ja rein theoretisch genommen nichts im Wege, auch diese Benutzung, also das Zeugenverhör, die Augenscheinseinnahme u. s. w. den Parteien aufzubürden. — Nicht scharf ist die Formulierung bei v. Kries — über Bennecke s. o. — wenn er Seite 341 sagt: „Die formelle Beweislast ist die für die Partei bestehende Notwendigkeit Thatsachen anzuführen und unter Beweis zu stellen“. Die erstere Notwendigkeit fliesst lediglich aus der den Civilprozess beherrschenden Dispositionsmaxime und hat mit der eigentlichen Beweislast in dieser Hinsicht nichts zu thun. Ich gehe von der Anschauung aus, dass auch im dispositiven Verfahren eine Beweislast der Parteien nicht zu bestehen braucht, ja de lege ferenda könnte es zur Hebung des Richterstandes

Allgemein ist nun anerkannt, dass im Strafprozess eine solche heute nicht besteht. Auch die richterliche Beweislast, besser Beweispflicht — kann der Richter doch nicht wie die Parteien darauf verzichten — befriedigte nicht. Man fühlte, dass doch immer eine wesentliche Beziehung der Parteien zum Beweisthema bestehen bleibe und so gefiel es, den Gedanken einer sog. Beweislast im materiellen Sinne aufzustellen. Sobald man unter dieser die Situation einer Partei versteht, vermöge deren ihr die Nichtfeststellung einer (positiven oder negativen) Thatsache zum Nachteil gereicht, erscheint der Begriff keineswegs so paradox. Es war ja klar, dass das Strafverfahren ganz gleiche Resultate bei der Beweiserhebung haben könne, wie der Civilprozess. Der Richter konnte den Beweis als erbracht ansehen, oder das Gegenteil, die Negative für erwiesen erachten, oder im Zweifel verharren. Wo nun die Frage der Beweislast im civilprozessualen Sinne gelöst ist, und dies geschieht ja dort in der Regel vor der Beweiserhebung, da kann es kein Zweifel sein, dass wenn der Richter ungewiss bleibt, also ernstlich zu keiner Entscheidung gelangen kann, er den Beweis als misslungen ansehen muss. Eine andere Möglichkeit ist ausgeschlossen. So machte gerade die Frage, welche im Strafverfahren Schwierigkeiten bereitet, den Eindruck grösster Einfachheit, und ihr wahrer Kern blieb bis in die neueste

---

nach der Maxime: „Gebt Vertrauen und man wird sich seiner würdig zu beweisen suchen" nur beitragen, wenn ihm auch in Civilsachen das Recht bliebe, von sich aus Beweismittel aufzusuchen und zu benutzen, also den Parteien nur die Disposition über den Prozessstoff überlassen bliebe. So richtig wohl auch Schuster a. a. O. § 6. cf. hierzu die Fassung der §§ 331. 338. 385. 415. 121,5 und 255 C. P. O. Die Antretung des Beweises erfolgt durch die Bezeichnung der Beweismittel; wenn noch hinzugefügt ist die Angabe, wofür, für welche Thatsache sie Beweismittel sein sollen, so dient dies lediglich der Individualisierung der Beweismittel, führt aber nichts neues in den Prozess ein. Dies Moment aber gar in den Vordergrund zu stellen, wie von Kries thut, halte ich für völlig ungerechtfertigt.

Zeit im Dunkeln. Und auch als nun das Strafverfahren zur näheren Betrachtung zwang, haben wir gesehen, wozu bisher die Erkenntnis geführt hat. Trotzdem von Kries ihre Bedeutung auch für den Civilprozess erkannt hat, eben dass sie in ihm die Voraussetzung einer gesetzlich geforderten sog. formellen Beweislast ist, auch erkannte, dass man nicht einseitig auf das Ergebnis der Zweifelhaftigkeit abstellen dürfe, sondern dass im Falle des gelungenen Beweises stets eine der Parteien hiervon einen Vorteil haben müsse, blieb es beim beschränkten Begriff der materiellen Beweislast.

II. Es kann nun der richtige Schritt nicht mehr fehlgehen; wir setzen ein bei dem Gedanken, der bereits vor der Beweiserhebung feststeht, dass nämlich stets eine der Parteien an seinem Gelingen ein Interesse habe, und nennen den Begriff danach:

Das Beweisinteresse:

Im Strafrecht wie im Privatrecht, fordert das Recht zum Entstehen, Untergehen und Vorhandensein von Rechten, Rechtsansprüchen, das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein, den Eintritt oder Nichteintritt gewisser Thatsachen, und im Prozess fordert es den entsprechenden Beweis (Thema probandum). Immer hat eine der Parteien vom Gelingen dieses Vorteil, vom Misslingen Nachteil, also ein **Interesse** an seinem Gelingen.

Setzen wir nun dieses Beweisinteresse an einem Thema probandum in Beziehung zu der seinen Inhalt bildenden Thatsache direkt, so haben wir gesehen, dass zweierlei zu beweisen stehen kann: Ihre Existenz oder Nichtexistenz. An einem von beiden hat die eine oder andere Partei das Beweisinteresse. So erscheint es zweckmässig und gewährt einen bequemen Ausdruck im ersteren Falle von **positivem**

Beweisinteresse, im zweiten Falle (z. B. bei Notwehr, Geistesstörung u. s. w.) von **negativem** Beweisinteresse zu sprechen. Sagen wir also eine Partei habe negatives Beweisinteresse, so bedeutet dies, hinsichtlich eines Thema probandum habe sie das Interesse an dem Beweis seiner **Nicht**existenz[14]) [15]).

§ 4.

Die prinzipielle Verteilung des Beweisinteresses, insbesondere in Strafsachen.

Es ist hier zunächst nur auf eine mehr allgemeine Darstellung, deduktiver Natur, abgesehen; einem besonderen Teil bleibt dann die notwendige eingehende induktive Betrachtung vorbehalten.

---

[14]) In dieser Weise glaube ich in bequemem Ausdruck die direkte Beziehung zum Inhalt des Beweisthemas gewonnen zu haben, und dem gemäss, ohne Irrtum befürchten zu müssen, stets von rechtserheblichen Umständen schlechthin sprechen zu können. Eigentlich gehört die Frage ob Existenz, ob Nichtexistenz bewiesen werden müssen zur Entscheidung des Thema probandum; wir benutzen die Rückwirkung auf das Interesse der Parteien und haben so einen handlichen Ausdruck gewonnen.

[15]) Allerdings ist nun einerseits klar, dass hinsichtlich derselben Thatsache, sofern sie nur nach mehreren Hinsichten Rechtserheblichkeit besitzt, die eine Partei ein positives, die andere ein negatives Beweisinteresse haben kann: so hinsichtlich der Schuld des Angeklagten bezüglich aller Schuldausschliessungsgründe das negative die Anklage, das positive der Beschuldigte; dabei kommt aber für den Angeklagten ein Interesse in Betracht, das für den Kläger ohne Bedeutung ist; er will nicht nur freigesprochen werden, weil er nicht überführt werden konnte, sondern weil seine Unschuld erwiesen war. (cf. § 266. C. P. O.) Andererseits liegt ein solches Verhältnis nicht mehr vor im Falle der Verjährung. Hier genügt es für den Angeklagten, dessen Schuld ja völlig klar sein kann, vollständig, wenn der Beweis, die Verjährung sei nicht eingetreten, nicht genügend ist, Zweifel des Richters zu beheben, es hat also — wenigstens nach der hier vertretenen Ansicht (s. w. u. § 4) — lediglich der Kläger das negative Beweisinteresse an der Verjährung.

Von der richtigen Fragestellung hängt mitunter alles ab; sie zu finden habe ich mich im vorhergehenden bemüht und glaube sie nach gesagtem auch gefunden zu haben. Wir fragen: Welche Prozesspartei trägt nach positivem Recht die Gefahr des Beweises, welche Partei hat an dem beweisbedürftigen Umstand das Beweisinteresse in dem festgestellten Sinn? Aber in dem wir so fragen und dabei an die bequeme Unterscheidung zwischen positiven und negativem Beweisinteresse denken, vergessen wir, dass wir erst das Thema probandum festzustellen haben, dessen Kenntnis ja die notwendige Voraussetzung für die Beantwortung unserer Frage ist[1]). Dies müssen wir daher in erster Linie feststellen:

I. Wir müssen hierzu auf die Grundprinzipien des Prozesses überhaupt, und seiner Arten zurückgehen, während den Stoff überall das materielle Recht abgiebt; freilich hier wird mehr sein allgemeiner Charakter in Betracht kommen, im einzelnen ist zunächst auf den besonderen Teil zu verweisen.

Civil- wie Strafprozess sind Verfahrensarten der streitigen Gerichtsbarkeit und tragen damit deren Charakter: Sie wollen daher prinzipiell nur schützen und auszuüben ermöglichen, was Recht ist, nicht neues Recht begründen; ihr Urteil hat lediglich deklaratorische (feststellende) nicht constitutive (begründende) Wirkung und Bedeutung. Demnach ergehen

---

§ 4.

[1]) Sofern hiermit zwingender Weise die Beantwortung unserer Frage gegeben ist, zeigt sich, dass das Beweisinteresse notwendig korrespondierendes Glied des Thema probandum in dem von uns gefassten Sinne ist. Wir haben aber den Fortschritt zu verzeichnen, dass wir erst durch die den Parteien bestehende Beziehung im Prozess einen scharfen Einblick in das Wesen des Ganzen erhalten und damit für eine ev. „formelle" Beweislast die notwendige Vorfrage gelöst haben. cf. Hierzu die angeführte Stelle von Hartmann a. a. O. S. 2. Mit Winscheid könnte man durchaus richtig von der materiell (civil- od. straf-) rechtlichen Seite (besser: Grundlage) der Beweislast sprechen.

sie, insofern als das materielle Recht an thatsächliche Umstände seine Rechtsfolgen knüpft, auf Grund des wirklichen Vorhandenseins, im Prozesse also Erwiesenseins dieser Umstände. An diesem prinzipiellen Erfordernis hält aber nur der Strafprozess in vollem Umfange fest, während der Civilprozess davon faktisch absieht, und nur formell seine Urteile so ergehen, als hätten sie, wie es eben sehr oft doch der Fall ist, keine constitutive Wirkung[2]). Dieses sog. Formalprinzip ist dahin zu verstehen, dass der Gesetzgeber, indem er die Dipositionsmaxime mit ihren Ausflüssen der formellen Beweislast und insbesondere des gerichtlichen Geständnisses das Beweisaufnahmeverfahren beherrschen lässt, notwendigerweise, will er nicht vom Prinzip der streitigen Gerichtsbarkeit ablassen, präsumieren muss, auch bei einem derartigen Beweisverfahren werde das Urteil noch auf der Grundlage materieller Wahrheit gesprochen. Da dem aber faktisch nicht so ist, rechtfertigt sich der Begriff „Formalprinzip". Den Grund hierfür giebt die Rücksicht auf die materiellen Rechtsgebiete ab: Während das Strafrecht in umfassendem Masse Pflichtrecht (ius cogens) ist, hat das Privatrecht in eben dem Masse den Charakter als Willkürrecht, (ius dispositivum). Daher sagen wir eben, den Civilprozess beherrsche das Formal- den Strafprozess das Material-Prinzip. Dem entspricht dann dort die Dispositions- hier die Offizial-Maxime und hierin wieder liegt der Unterschied in der Verteilung des Beweisinteresses begründet. Doch kommen in beiden Verfahrensarten Rechtsfragen und ihnen zu Grunde liegende Thatumstände zur Sprache, welche einen gemeinsamen Charakter tragen, ohne jedoch ausschliesslich der Dispositions- oder Offizialmaxime zu unterliegen, und so haben wir neben einem grundsätzlich verschiedenen Gebiet, ein gemeinsames, auf welchem ein durchgreifender Grundsatz für die Verteilung

---

[2]) Wie dies schon in älterer Zeit nur formell der Fall war, zeigt das Institut der In iure cessio.

des Beweisinteresses nicht Platz greift. Wir müssen scheiden zwischen „materiell rechtserheblichen Umständen“ und zwischen „rein formell erheblichen Umständen“.

1. Es zeigt sich, dass unter allen zum Beweis gelangenden rechtserheblichen Umständen ein durchgreifender Unterschied statt hat. In erster Linie kommt in Betracht der materielle Anspruch, der den Anlass zum Verfahren gab: Die Begründungsthatsachen aller zu seiner Entstehung und Durchführung aufgestellten Rechtsbehauptungen sollen hier „materiell rechtserhebliche Umstände“ genannt werden. Daneben kommen andere Fragen in Betracht, die lediglich der Sicherung des Verfahrens dienen, kurz die gesammten Formalien des Prozesses, die gewahrt werden sollen, weil sie möglicherweise auch auf den materiellen Rechtsanspruch einzuwirken im Stande sind, weil uns, wenn sie gewahrt sind, das Verfahren geeignet erscheint, seine Aufgabe zu erfüllen. Die Begründungsthatsachen der in dieser Beziehung aufgestellten Rechtsbehauptungen sollen hier „rein formell rechtserhebliche Umstände“ heissen[3]). Ich brauche kaum noch darauf hinzuweisen, dass, was hier mit „Begründungsthatsachen“ gemeint ist, eben die Rechtsbehauptungen selbst ausmacht und dadurch charakterisiert, nichts als das sog. Thema probandum im gegebenen Fall darstellt.

2. Hinsichtlich der rein formell rechtserheblichen Umstände ist hier im Allgemeinen folgendes festzustellen: Ein durchgehendes Prinzip ist nicht vorhanden. Man kann nur

---

[3]) Hiermit hat nichts zu thun die v. Kries gemachte Unterscheidung in materiellrechtliche und prozessuale Thatsachen; darüber im einzelnen w. u. zu Anfang des besonderen Teils. Die Wichtigkeit dieser Unterscheidung kann erst im besonderen Teil dargestellt werden und hängt zusammen mit der heute herrschenden Erscheinung, dass der Strafanspruch nur im Prozesswege verfolgt werden kann, ebenso aber auch alle Einwände (Grundsatz des Prozesszwanges.) Auch hierüber später erst. — Glaser und Hartmann beschränken sich auf das, was hier als „materiell rechtserhebliche Umstände„ bezeichnet ist.

sagen: Je notwendiger dem Gesetzgeber eine gewisse Form erscheint, um dem Verfahren die nötige Sicherung zu gewährleisten, je mehr ist er geneigt, schon im Falle eines geringen Zweifels an ihrer Wahrung diejenige Änderung, Neuanordnug zu fordern, welche zweifellos der Form Genüge thut. Im Hinblick auf die Parteien ist aber zu beachten, dass hier in vielen Fällen die eigentlichen Parteien (Kläger und Angeklagter) zusammen dem Gericht gegenübertreten. Wo sich die Parteien gegenüber treten, wird in dem angeregten Fall, wenn also eine derselben die Behauptung aufstellt, es mangele an der notwendigen gesetzlichen Form, es ihrem Interesse schon entsprechen, wenn die Beweiserhebung den Richter in der angegebenen Richtung im Zweifel lässt, mit andern Worten: Die Gegenpartei hat an der Rechtsbehauptung, die Form sei doch gewahrt, positives Beweisinteresse. — Je weniger Gewicht dagegen der Gesetzgeber auf eine Formvorschrift legt, um so eher wird er verlangen, dass, bevor die stets mit einer gewissen Mühewaltung (Zeitvergeudung u. dgl.) verknüpfte Änderung vorgenommen werde, möglichst voller Beweis für ihre Notwendigkeit erbracht werde. Es wird also bis zum Beweise des Gegenteils angenommen, die Form sei gewahrt. Die behauptende Partei hat also negatives Beweisinteresse[4]).

3. Ganz anders hinsichtlich der materiell rechtserheblichen Umstände; hier greift jener oben betonte Artunterschied zwischen Civil- und Straf-Verfahren ein und führt eine grundsätzliche Verschiedenheit herbei:

---

[4]) Die Betrachtung wird ergänzt werden im Anfang zum besonderen Teil. Hier auch über die Möglichkeit einer sog. „Formellen" Beweislast im Strafprozess. — Wenn der Fall so liegt, dass die Parteien gegen das Gericht behaupten eine Form sei nicht gewahrt, so wird im Allgemeinen der Satz zu gelten haben, dass das Gericht positives Beweisinteresse an der Wahrung hat, also im Zweifelsfalle stets eine zweckentsprechende Änderung treffen muss.

a. Im **Civil-Prozess** begründet die Herrschaft der Dispositionsmaxime eine interessante Verteilung des Beweisinteresses. Wo nämlich den Parteien die Disposition über die Geltendmachung ihres Rechts zusteht, sie also auch auf einzelne Ansprüche verzichten können, da tritt dementsprechend ein Beweisverfahren parallel den Parteibehauptungen ein. Denn die eine Partei kann niemals wissen, ob die Gegenpartei gegen die Begründung ihres Anspruchs, die möglichen Einwendungen machen werde. Es besteht die natürliche Annahme, Vermutung, dass wenn nur einmal ein Anspruch rein äusserlich formell zustande gekommen ist, auch materiell weder seiner Entstehung, noch seinem Gelten, Vorhandensein etwas im Wege stehe; auf derartige Hindernisse muss sich also die Gegenpartei berufen und sie beweisen; hiergegen dann eventuell wieder die erste Partei und so fort: Actio, exceptio, replicatio, duplicatio u. s. w. Es gelten also für die Verteilung des Beweisinteresses (und in der Folge für die der Beweislast) hier folgende Grundsätze, deren nähere Ausgestaltung im einzelnen dem Privatrecht überlassen bleibt[5]): Der Kläger hat ein positives Beweisinteresse bezüglich der Thatsachen, welche den erhobenen Anspruch formell haben entstehen lassen, dem gegenüber der Beklagte ein negatives Beweisinteresse hinsichtlich der thatsächlichen Um-

[5]) Siehe bei Windscheid Band I. § 133. S. 383 ff. Diese ungemein klare Darstellung geht aus von dem Gedanken einer Beweislast im Prozess und stellt dieser gegenüber die Behauptungen, welche die Partei erheben muss; beiden Momenten zusammen genommen steht die Beleuchtung im einzelnen gegenüber als sog. civilrechtliche Seite der Lehre von der Beweislast: Dies ist aber unser „Beweisinteresse", die prozessuale Ausprägung eines materiellrechtlichen Gedankens.

stände, welche für die rechtliche Wirksamkeit des vom Kläger Behaupteten erforderlich sind[6]). Analog wieder der Kläger für diejenigen, welche für die rechtserzeugende Kraft dieser erforderlich wären, und so weiter. Anderseits hat der Beklagte ein positives Beweisinteresse an den thatsächlichen Umständen, welche geeignet sind den begründeten Anspruch wiederaufzuheben. ganz oder teilweise ausser Wirksamkeit zu setzen; und hier wiederholt sich das eben gesagte nur in umgekehrter Reihenfolge von neuem.

Dies wird genügen den Gegensatz zum

b. **Strafverfahren** zu kennzeichnen. Hier ist

II. Die Verteilung des Beweisinteresses wesentlich anders. Wir haben festgestellt, dass hinsichtlich der materiell rechtserheblichen Umstände im Strafprozess das Prinzip der streitigen Gerichtsbarkeit wirklich gewahrt bleibt, d. h. es gilt das sog. Materialprinzip, die Dispositionsmaxime muss heute der Offizialmaxime weichen[7]). Das Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung besagt aber m. E. richtig gefasst, dass die Urteilsmässige Feststellung des staatlichen Strafanspruchs nur erfolgen darf auf Grund der richterlichen Überzeugung von dem Vorhandensein aller ihn begründenden Um-

[6]) Windscheid vom Standpunkt des Beklagten aus nennt sie: „Hindernisse der rechtserzeugenden Kraft". Ich habe die obige Formulierung wegen des Vergleiches mit dem Strafrecht vorgezogen. Sie ist lediglich die negative der Windscheid'schen, also vom Standpunkt des Klägers betrachtet.

[7]) Es ist jedoch zu bemerken, dass die formale Ausgestaltung des Prozessverfahrens eine durchaus zeitpolitische Frage ist; sehr richtig sagt Binding in seiner Vorlesung über Strafprozessrecht zu § 62 von den Prinzipien des Verfahrens: „Die Form des Prozesses ist von dessen Materialprinzip ganz unabhängig: Accusatorisches wie inquisitorisches Verfahren können beide beherrscht sein, ebenso gut von der Dispositions-, wie von der Offizialmaxime".

stände und dem Nichtvorhandensein aller ihn hemmenden, ausschliessenden, ganz oder teilweise wiederaufhebenden Umstände. Dagegen ist Freisprechung oder sonstige Nicht-Anerkennung des Strafanspruchs (Einstellung des Verfahrens), bereits geboten, wenn hinsichtlich der genannten Umstände in der jeweils entsprechenden Richtung ein ernstlicher Zweifel bleibt, mögen auch die Umstände, welche den Strafanspruch aus irgend einem Rechtsgrunde als nichtexistent erscheinen lassen, gleichfalls nicht überzeugend dargethan sein, also im Zweifel bleiben; sind sie doch eben diejenigen deren Nichtvorhandensein das Recht erwiesen verlangt, soll im Urteil dem Klagantrage Folge gegeben werden[8]). Man vgl. hierzu §§ 259. 262. (S. V. S. 198) 263. 266. 293. 294. 295. 297. 298 St. P. O. (Das Einzelne bleibt dem besonderen Teile vorbehalten).

Die praktische Ausgestaltung führt nun unvermeidlich an einen Scheideweg; nicht selten wird die erforderliche Gewissheit nicht in vollem Umfange zu erreichen sein. Doch ist zu beachten, dass das Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung die ernstlichen Zweifelsfälle beträchtlich einzuschränken vermag. Immerhin bleiben solche, und hier hat sich eben der Staat für eine von zwei Möglichkeiten zu entscheiden: Entweder er macht den Strafanspruch, der doch nicht nur ein Recht sondern auch eine Pflicht — eine Last für ihn bedeutet, geltend, wiewohl sein Bestehen möglicherweise mangelt, oder er resigniert auf jeden Anspruch, der in einer wesentlichen Beziehung zweifelhaft bleibt[9]).

---

[8]) Vgl. v. Kriss a. a. O. § 37 S. 262 ff., wo jedoch nur die prozessuale Seite des Materialprinzips betrachtet wird. Unsere materielle ist für die vorliegende Arbeit die ungleich wichtigere.

[9]) cf. Geyer in Holz. Hdb. S. 177. § 11. Binding, Normen II S. 605/606. Glaser, Beiträge S. 52. — Der Staat hat prinzipiell in richtiger Weise den zweiten Weg eingeschlagen und verzichtet auf alle nicht erforderlich bewiesenen Ansprüche.

Aus alle dem ergiebt sich mit Notwendigkeit der Umfang des gesammten beweispflichtigen Materials und die prinzipielle Verteilung des Beweisinteresses in Strafsachen[10]).

Hinsichtlich der Frage nach der Verteilung des Beweisinteresses ergiebt sich aber im Prinzip der Satz, dass hinsichtlich aller dieser Umstände die Anklage teils das positive, teils das negative Beweisinteresse hat, je nach dem Verhältnis der betreffenden Thatsache zu dem geltendgemachten Anspruch. (Bezüglich der bestehenden Ausnahmen oft sehr weitgehender Natur s. im besonderen Teil).

III. Die Darstellung der von Glaser und von Kries vorgetragenen abweichenden Ansichten und ihre kritische Betrachtung wird wesentlich zur Überzeugung von der Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht beitragen.

Ersterer sagt in seinen Beiträgen unter B. § 4. S. 90.:

„Trifft sonach die Anklage die Beweislast bezüglich aller den Strafanspruch begründenden Thatsachen, so ändert sich das Verhältnis, sobald diese Thatsachen festgestellt sind, und nun andere Thatsachen behauptet und als möglich ins Auge gefasst werden, welche, ohne den Bestand und die Natur der den Strafanspruch begründenden in Frage zu stellen, dennoch bewirken, dass demselben keine Folge gegeben werden darf. Wie im Civilprozess der Satz gilt: Reus excipiendo fit actor,

---

[10]) Dabei erübrigt sich natürlich der Beweis des einen von zwei mit gleicher Rechtserheblichkeit ausgestatteten Umständen, sobald der eine erwiesen ist. Kein Richter wird noch nach Verjährung fragen, wenn bereits feststeht, dass schon eine Verurteilung erfolgt ist und die Strafe verbüsst. Doch gemahnen zu besonderer Vorsicht die Fälle, welche nur äusserlich den gleichen Erfolg herbeiführen, aber doch wesentlich sind noch in anderer Beziehung: cf. § 266. 4 St. P. O. und analoge Fälle. So erstreckt sich die richterliche Beweispflicht auf alle materiell rechtserheblichen und noch unerwiesenen thatsächlichen Umstände; welche das seien darüber entscheidet wesentlich das Gericht, doch vgl. § 245, 4. 242, 3 („kann") St. P. O.

so auch muss im Strafprozess aus den oben angegebenen Gründen der Richter dem Strafanspruch Folge geben, wenn die das Fundament der strafrechtlichen Einrede (Exception) bildenden Thatsachen zweifelhaft bleiben, also nicht erwiesen sind. Bezüglich derselben trifft somit die materielle Beweislast den Angeklagten". Dies wird dann als selbstverständlich betont bei der exceptio rei iudicatae und hinsichtlich der Verjährung. Beide Fälle entsprechen eben der in der angeführten Stelle betonten Bedingung. Interessant ist dann die sehr gewundene Darstellung im folgenden bei der Betrachtung der §§ 51—59 St. G. B., insbesondere hinsichtlich der Notwehr u. s. w. Auch hier greift Glaser inhaltlich auf die betonte Clausel „ohne den Bestand und die Natur der den Strafanspruch begründenden in Frage zu stellen oder zu ändern" und kommt so zu richtigen Ergebnissen. Consequent ist dann auch die Auffassung hinsichtlich des Rücktritts vom Versuch (S. 94 a. a. O.) und bezüglich der No. 1. 2 § 5 § 209 St. G. B. und bezüglich der Milderungsgründe. (S. 98 f). Dazu vgl. man noch die Ausführung S. 88: „Im Strafprozess kann es nicht zweifelhaft sein, dass diese Grundsätze wesentlich dem Angeklagten zu statten kommen müssen. Gegen ihn wird ein Anspruch erhoben; dessen Statthaftigkeit muss erwiesen sein. Alle Voraussetzungen, von welchen das Gesetz ihn abhängig macht, bilden in diesem Sinne den Gegenstand des Anschuldigungsbeweises. Bleibt eine zweifelhaft, so ist der Anschuldigungsbeweis misslungen, der Strafanspruch unhaltbar, der Angeklagte freizusprechen".

Ich vermag nicht anzuerkennen, dass der Anschuldigungsbeweis die Statthaftigkeit des Anspruchs begründet; ja er kann voll erbracht sein, und doch ist der Strafanspruch durchaus unstatthaft (z. B. Antragstellung fehlt.) Damit stimmt aber doch, so viel ich sehe, von Kries wenigstens inhaltlich durchaus überein. Doch ist inkorrekt und daher unbeachtlich seine Unterscheidung zwischen prozessualisch und

materiellrechtlich erheblichen Thatsachen; (ähnlich bei Glaser, wenn er von prozessualen Einreden spricht.)

Zur Erklärung dieser grundsätzlichen Verschiedenheit diene nochmals der Hinweis auf das wahre Wesen der streitigen Gerichtsbarkeit und des festgehaltenen Materialprinzips; dabei sei hier ausdrücklich bemerkt, dass ich nicht behaupte, das positive Recht oder vielmehr Gesetz habe streng an den Consequenzen im einzelnen festgehalten, vielmehr wird es eine der Hauptaufgaben sein im besonderen Teil die Ausnahmen ausführlich zu behandeln. Hier stelle ich die beiden Ansichten nochmals präzis einander gegenüber:

Meiner Ansicht nach gilt folgender Grundsatz, den ich oben unter II mit Hinweis auf die allein mögliche Bedeutung des Prinzips der materiellen Wahrheitserforschung im geltenden Recht erwiesen zu haben glaube: „Im Strafverfahren darf nur dann und nur insoweit ein staatlicher Strafanspruch urteilsmässig festgestellt werden, als das Beweisergebnis die genügende Grundlage bildet für die Annahme, es sei ein Strafanspruch in der ausgesprochenen Höhe und Art unter Beachtung aller im Einzelfall möglichen Modifikationen entstanden und zur Zeit der Erhebung und Feststellung noch nicht untergegangen oder aufgehoben, ganz oder teilweise erledigt; bleibt eine der hierfür erheblichen Thatsachen zweifelhaft, so tritt soweit eine Änderung zu Ungunsten des Klägers ein: Er hat prinzipiell das Beweisinteresse hinsichtlich aller materiell rechtserheblichen Umstände, jenachdem positiv oder negativ, als die Thatsachen seinen Anspruch zu stützen oder zu fällen geeignet sind".

Über die praktische Tragweite siehe den folgenden § 5.

Dem gegenüber erzielt die Analyse der **gegnerischen** Anschauung folgenden Grundsatz:

„Die materielle Beweislast trifft hinsichtlich aller den Strafanspruch in seiner Entstehung begründenden, hemmenden oder ausschliessenden Umstände, die Anklage, dagegen den Angeklagten hinsichtlich aller den entstandenen Strafanspruch nachträglich wieder aufhebenden oder vernichtenden oder erledigenden Umstände“ [11]).

Wenn ich recht sehe, so spielt hier ein lediglich kriminalpolitischer und auch dann nicht einmal zutreffender, gesunder Gedanke mit, nicht aber eine logische Auffassung juristischer Grundbegriffe, die hierbei allein den richtigen Weg weisen kann. Den staatlichen Strafanspruch, das subjektive Recht auf Strafe werden wir als den hauptsächlichsten Inhalt des Urteils, der Entscheidung ansehen müssen. Daran halte ich streng fest. Bei der gegnerischen Anschauung wird das alsbald vergessen und den springenden Punkt bildet hier die Schuldfrage; diese ist ja zweifelsohne unter allen Vorfragen, die zur urteilsgemässen Feststellung oder Abweisung eines Strafanspruchs führen, die bedeutsamste und wesentlichste, aber dieser Gesichtspunkt giebt nicht allein den Ausschlag, ganz abgesehen davon, dass in einer Reihe von Fällen, wie wir sehen werden das Strafbedürfnis nur entfällt, weil die Schuld höchst geringfügig war. Der falsche Gedanke findet seine Stütze in der Erwägung, der Betreffende sei schuldig geworden er verdiene also Strafe, könne ihr daher nur entgehen, wenn positiv feststeht, dass dem genüge geschehen sei in irgend einer Weise [12]). Diese Auffassung muss innerlich widerspruchsvoll erscheinen, sobald ihre Vertreter doch wieder den Strafan-

---

[11]) (s. S. 25.) cf. Glaser a. a. O. S. 94 „bereits eingetretene“ S. 93 „von Anbeginn“. s. auch über die Formulierung: Frank über A. v. Kries in der deutschen Litteratur-Zeitung No. 29. v. 22. VII. 93 S. 916 f.

[12]) cf. Hierzu die Anm. 54 bei Glaser a. a. O. S. 94.

spruch als den Angelpunkt des ganzen betrachten müssen, wo sie gerne dem subjektiven Sühnebedürfnis [13]) Einfluss verschaffen möchten [14]). Der subjektive staatliche Strafanspruch bildet allein das Thema probandum. Hiervon ist stets auszugehen.

Anhang.

§ 5.

Ein Blick auf die praktische Tragweite unserer Frage.

Diese so ungemein günstige Verteilung des Beweisinteresses für den Angeklagten legt die Frage nach ihrer praktischen Tragweite nahe. Wir müssen uns erinnern, dass im Strafprozess, der keine „formelle" Beweislast der Parteien kennt, unsere Frage von wesentlicher Bedeutung erst wird für den Fall, dass trotz eines eingehenden Beweisverfahrens in erheblichen Punkten Unklarheiten geblieben sind, der Richter also hinsichtlich erheblicher Thatsachen zu

---

[13]) Dass gerade dem Sühnebedürfnis in gewissen Fällen Genüge geschehen ist, oder dasselbe durchaus verschwunden ist, wie ich nachweisen werde, zeigt, wie falsch jenes Gefühl ist.

[14]) Ein ähnlicher Gedanke mag einer feinen Bemerkung Bindings in seiner Vorlesung zu Grunde liegen, wenn er auf den Unterschied zwischen Civil- und Strafprozess unter anderem mit den Worten hinweisst. „Im Strafprozesse verfolgt der Staat sein Strafrecht zum Zwecke der Unrechtsverfolgung, im Civilprozess der Kläger sein Recht zum Zwecke der Rechtsverfolgung". — De lege ferenda identifiziere ich mich indessen keineswegs mit dem für das geltende Recht gefundenen Resultat, nur scheint mir der richtige Angriffspunkt in dem heute gemäss § 2 St. G. B. festgelegten Erfordernis gesetzlicher Strafdrohung für jede Handlung vor ihrer Begehung zu liegen, also in der Verwechselung zw. Norm und Strafgesetz. Heute muss ich aber den Consequenzen auch des § 2 St. G. B. Folge leisten.

keiner Entscheidung gelangen kann, im Zweifel bleibt[1]). Dieser Zweifel ist nun nach der vorstehenden Betrachtung scheinbar von ungemeinem Vorteil für den Angeklagten, aber der aufgestellte Grundsatz m. E. zweifellos positiven Rechts.

I. So fragt es sich in erster Linie, welche Garantieen gegeben sind, dafür, dass möglichst selten der Zweifelsfall eintritt? Zu allen Zeiten hat man nach möglichst sicheren Resultaten verlangt, aber die verschiedene Erkenntnis, vor allem wohl die mangelnde Aufrichtigkeit gegen sich selbst, die ungehemmte Rachsucht, Egoismus und Politik der Machthaber, alles dies hat gar verschiedene Wege einzuschlagen verleitet. Man erinnere sich der Reinigungseide, der Gottesurteile in den naiven Zeiten, und der Folter und Hexenwirtschaft in den Zeiten grösster Corruption und Willkürherrschaft, die noch in einer Zeit hässlichster Interessenpolitik den Satz „Confessio regina probatio“ aufrecht zu erhalten suchte. Und während damit eine Vernachlässigung der trefflichsten Beweismittel Hand in Hand ging, beachte man heute die Consequenzen des herrschenden Grundsatzes freier richterlicher Beweiswürdigung.

Es leuchtet ein, dass unter der Herrschaft dieses Grundsatzes, in einem Verfahren wie heute, wo Mündlichkeit und Unmittelbarkeit leitende Gedanken sind, und dem Richter alle Hilfsquellen menschlicher Erkenntnis offen stehen, Zweifelsfälle mit weit grösserer Aussicht auf Erfolg und Sicherheit vermieden werden können, als in einem Prozess mit gesetzlichen Beweisregeln, die, seien sie noch so vorsichtig aus der Erfahrung gesammelt, stets dem freien Forschungsprinzip gewaltsame Fesseln anlegen, weil sie sich eine Bedeutung zulegen,

---

[1]) In der Fassung der ganzen Frage wurde diese einseitige Darstellung vermieden, weil wir gesehen haben, dass für den Civilprozess unsere Frage schon zur Verteilung der Beweislast gelöst sein muss, also in Wahrheit schon im Thema probandum zum Ausdruck kommt.

die ihre wahre Natur übersteigt, in einem Verfahren, das vor allem den Beweis durch Beweisgründe, Indizien als etwas höchst Unzuverlässiges, höchst stiefmütterlich behandelte. Tempora mutantur. § 260 St. P. O. ist in unserer Zeit einer der gesundesten Gedanken unserer P. O. Doch eine wie segensreiche Freiheit dieser § dem tüchtigen, wahrhaft gebildeten Richter gewährt, noch heute wird von gar vielen die wahre Bedeutung dieser Bestimmung verkannt, wie wir an einigen Orten noch sehen werden. Wir müssen sie stets im Auge behalten, wenn wir nunmehr einige Fälle betrachten, wo wir vielleicht lieber der Ansicht eines A. v. Kries oder J. Glaser zustimmen möchten, bevor wir ihre wahre Tragweite erkannt haben [2]).

II. Verhältnissmässig selten werden Zweifel hinsichtlich der mehr objektiven Momente einer zur Beurteilung stehenden That eintreten; am ehesten hier noch in der Causalitätsfrage.

Interessanter sind die Fälle, wo die objektive Widerrechtlichkeit und damit notwendigerweise alle Schuld im Sinne des Strafrechts ausgeschlossen ist. So bei Notwehr, Notstand u. a. m. Wer möchte ein Schuldig aussprechen, wo er noch zweifelt ob überhaupt Unrecht geschehen ist? Wer ferner, solange er an der Verantwortlichkeit, der Zurechenbarkeit, kurz der Schuld im engeren Sinne zweifelt? In allen diesen Fällen ist zweifellos die Möglichkeit fälschlich freigesprochen zu haben, der anderen fälschlich verurteilt zu haben vorzuziehen. Bei der Schuldfrage sind Zweifelsfälle naturgemäss leicht denkbar; denn es handelt sich hier vielfach um innere Thatsachen, die zu keinem scharfen Ausdruck gekommen sind. So speciell auch bei der besonderen Schuldart, dem Vorsatz. Die Fahrlässigkeit erscheint dem Vorsatz gegenüber als ein mehr relativer Begriff und ihre Beurteilung kann daher kaum unter Regeln gezwungen werden; der

---

[2]) Es mag hier gestattet sein bei Gelegenheit auch auf kriminalpolitische Gesichtspunkte aufmerksam zu machen.

Vorsatz wird aber auch heute noch in einer Reihe von Fällen vermutet, freilich auf Grundlagen, auf denen man wohl meist auch ohne die gesetzliche Bestimmung zum gleichen Ergebnisse kommen würde; vielfach kommen ganz zweifellose Momente in Frage. Wie stellt sich unsere Frage bei den privilegierenden Fällen? Hier ist ein Zweifel sehr wohl möglich; man denke an die Tötung des Einwilligenden. Nun werden freilich eine Reihe von Indizien meist den Ausschlag geben. Wo dies aber nicht der Fall ist, da muss gesagt werden: Sondern wir die privilegierenden Umstände als solche aus und betrachten sie als Inhalt einer geschlossenen Beweisaufgabe, so hat die Anklage an ihnen negatives Beweisinteresse; im Zweifelsfall wird so entschieden als läge nur der privilegierte Fall vor.

Interesse in gegenwärtiger Betrachtung gewinnen aber vor allem die Fälle der Strafaufhebungsgründe, in welchen nach der gegnerischen Ansicht der Angeklagte das Beweisinteresse hat. Hierher gehören §§ 46 (Rücktritt vom Versuch). 204. 163. 310 (ähnliche Fälle). § 5 Nr. 1 und 2. § 7 (Verurteilung und Verbüssung im Ausland). §§ 66 ff. (insb. 68. Verjährung) u. a. m. Zu betonen ist nun zunächst, dass in vielen dieser Fälle ein Zweifel höchst selten eintreten dürfte. So vor allem bei der Exceptio rei iudicatae, vorgeschützter Strafe im Ausland, Mangel einer Verjährungsunterbrechung: Hier handelt es sich doch zumeist um öffentlich beurkundete Akte, sei es durch Protokoll, Gefängnissbücher u. dgl. Sind diese aber zufällig durch Brand u. dgl. vernichtet, so sind zahlreiche andere Wege vorhanden: Befragung des beteiligten Gerichtes, der Gefängnisverwaltung u. s. w. Vielleicht macht die Identitätsfrage Schwierigkeiten, aber da giebt es wieder das Verbrecheralbum und zahlreiche Indizien. Wo hier also ernstliche Zweifel bestehen bleiben, sei noch auf den Grund hingewiesen, aus dem das Gesetz keine Strafe will. Entweder ist sie bereits erfolgt und ne bis in idem ist doch ein Fundamentalsatz alles Rechtes, oder es ist Verjährung eingetreten:

Es soll nicht verfolgt werden, weil die Resultate nach so langer Zeit zu unsicher sind. Wem das aber nicht genügt, der sei darauf aufmerksam gemacht, dass der Schuldige vielleicht tausendfach gebüsst hat, indem er sich verbergen musste, dass das Strafbedürfnis längst vergessen ist, der Schuldige nie mehr gefehlt hat u. a. m.

Relativ schwerer sind Zweifel zu vermeiden beim vorgeschützten Rücktritt vom Versuche und den analogen Fällen. Aber auch hier sind zahlreiche Indizien, die dem Richter die Richte geben; vor allem müssen die verbrecherischen Folgen fehlen, also es objektiv beim Versuch geblieben sein, wiewohl keine Störung eintrat — auf eine solche wird sich der Beweis zu richten haben — im Falle des § 163 darf keine Verurteilung eingetreten sein. Aber wo auch Zweifel hier bleiben mögen, man erinnere sich, dass das heutige Recht vielfach überhaupt kein Strafbedürfnis für den Versuch eines Vergehens anerkennt.

Noch möchte ich hier auf einen möglicherweise häufigen Fall hinweisen: Es giebt Dinge, in denen der Richter auf fremde Sachkunde angewiesen ist und das sind natürlicherweise wieder meist solche, wo vielfach Streitfragen herrschen mögen. Wie hier wenn sich mehrerer Sachverständigen Aussagen direkt widersprechen; natürlich nehmen wir den Fall so, dass der Richter, will er nicht unbescheiden ja völlig unverantwortlich handeln, wirklich vom Sachverständigen abhängig sein muss. Man bedenke, der Sachverstand hat immer auch seine Schattenseite, die Einseitigkeit, Voreingenommenheit, vielleicht Interessiertheit in wirtschaftlicher Hinsicht, ohne dass man deswegen auf die göttliche Unparteilichkeit, Unbefangenheit des Ignoranten zu verfallen braucht. Freilich ist der Sachverständige prinzipiell Gehülfe des Richters und bindet ihn nicht. Aber in dem bezeichneten Fall muss meines Erachtens unbedingt freigesprochen werden. Auffallend häufig hat sich ein ganz falsches Verfahren in medizinischen Fragen gezeigt, besonders in Impf- und sog. Kurpfuscherprozessen:

Hier wurde merkwürdigerweise das beeidigte Gutachten des einen Sachverständigen (appr. Arztes) durch das entgegengesetzte des andern, weil dieser der beamtete Arzt war über den Haufen geworfen, wiewohl sich der Richter des eigenen Sachverstandes — und unter heutigen Verhältnissen wohl mit Recht! — begeben hatte.

III. Doch genug hiervon. Mögen diese Ausführungen nicht den Gegner der hier verfochtenen Auffassung befriedigen, eines kann er nicht übersehen: Nicht der aufgestellte Satz ist schuld, sondern der § 2 St. G. B. Wenn wir diesem entsprechend zugeben müssen, dass heutzutage nicht im Prinzip jede Verschuldung strafwürdig sei — und etwas anderes sagt er doch nicht — so muss eben an der **gesetzlich** anerkannten Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit einer Handlung kein Zweifel sein, ehe verurteilt werden kann. Hier liegt der Mangel, in unserer heutigen Strafpflege, die in ungeahnter Weise modifiziert werden könnte. Wer möchte wohl behaupten, dass auch in Zukunft niemals der Richter bezüglich der reinen Straffrage eine ähnliche Stellung einnehmen werde, wie heute hinsichtlich der Beweiswürdigung?

Mit Freuden ergreife ich am Schlusse meiner Abhandlung angelangt die Feder, meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Frank, für all' seine liebenswürdige Fürsorge und Anregung meinen aufrichtigen Dank auszudrücken!